



Repensando o dogma da discricionariedade administrativa a partir do prisma das políticas públicas de saúde no Brasil(1)

Autora: Têmis Limberger

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos, Procuradora de Justiça do MPRS

publicado em 30.06.2015

[✉ \[enviar este artigo\]](#) [🖨 \[imprimir\]](#)

Sumário: Introdução. 1 O dogma da impossibilidade de revisão judicial dos atos da Administração sob o manto da discricionariedade administrativa. 2 Direitos sociais no Brasil e em países que realizaram o Estado Social – trajetórias distintas. 3 O controle judicial e sua perspectiva constitucional. 4 O conceito de política pública desde a perspectiva jurídica, com ênfase no direito à saúde, e a banalização do direito à vida. 5 A audiência pública da saúde e a importância do diálogo interdisciplinar com diversos setores da sociedade. 6 A tensão entre as funções dos poderes e o redirecionamento do direito à saúde. 7 A judicialização excessiva e suas consequências: o privilegiamento das ações curativas em detrimento das preventivas. 8 Crítica e proposição de outros critérios: a importância das ações coletivas. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O jusfilósofo Norberto Bobbio afirmou que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais fundamentá-los, e sim protegê-los. Trata-se de um problema político, e não filosófico. Desde então, o professor italiano não teve razões para mudar de ideia.⁽²⁾ Dentro dessa perspectiva, quando já se comemorou a maioria da promulgação da Constituição Cidadã, a questão principal não é mais a declaração de novos direitos, mas a busca pela efetividade desses direitos. Aí se insere o direito à saúde, que, por ser um direito social, requer disponibilidade orçamentária para sua implementação. O direito à saúde teve a sua trajetória de construção nestas duas décadas, em que pese muito ainda ter de ser feito.

No Brasil, devido à falta de planejamento, são despendidas elevadas quantias quando se trata da implementação dos direitos sociais. Ao invés de haver uma atitude de prevenção, gasta-se muito mais na reparação. Pode-se pensar na questão da educação, da moradia, da segurança, do transporte, do trabalho, da previdência social, do lazer, da saúde, etc. Todos esses direitos sociais, previstos no art. 6º, *caput*, da CF, prestam-se para investigação, mas, devido a um corte metodológico necessário, é imprescindível delimitar a questão. Dentro dessa perspectiva, dois direitos sociais têm, por parte dos poderes públicos, as chamadas “verbas carimbadas”, no sentido de que o percentual de recursos já se encontra previamente definido. São eles: educação (art. 212 da CF) e saúde (art. 198, § 2º, da CF). O constitucionalismo moderno acentua a importância das normas programáticas dentro do constitucionalismo dirigente. Daí se constata a importância de investimento para esses setores tão prioritários, para que, no futuro, o Brasil seja um país sem tantas desigualdades sociais. A relação que se pode estabelecer entre esses dois direitos sociais, educação e saúde, é no sentido de que, quanto maior o nível de instrução, mais saudável é a população, via de regra. Estudos⁽³⁾ demonstram que a educação é uma ferramenta importante quando se está a mencionar algumas

problemáticas, tais como mortalidade infantil, gravidez precoce e número de filhos por núcleo familiar.

Este trabalho optou por abordar o direito à saúde. O desafio que se impõe é como fazer com que o direito à saúde não seja um comando meramente programático e se torne efetivo. Diante desse quadro, impõe-se a seguinte indagação: quais são as possibilidades e os limites do controle judicial atinente às políticas públicas que visem à implementação do direito à saúde?

Para responder a essa questão, algumas tomadas de posição são necessárias, tais como: Por que vigora(ou) no direito administrativo brasileiro o dogma da impossibilidade de revisão dos atos administrativos, que se albergavam sob o manto da discricionariedade administrativa? Qual é o conceito de política pública? E, por fim, quais são os critérios adequados para se estabelecer a intervenção do Poder Judiciário nessa seara?

O trabalho se propõe a uma abordagem das políticas públicas como determinações constitucionais, ou seja, mandatos a serem realizados pelo administrador, sujeitos, portanto, ao controle judicial. Assim, tarefas que são previstas na Constituição e que devem ser realizadas de acordo com a capacidade orçamentária, mas que não se constituem em uma discricionariedade administrativa, não ficando, portanto, imunes a questionamento judicial. Pretende-se, então, revisar o conceito de discricionariedade da Administração, que foi transposto, equivocadamente, do direito francês ao direito brasileiro, e também a forma de realização dos direitos sociais, em relação a que a doutrina alemã não se adapta totalmente à realidade brasileira. Por isso a necessidade de desenvolver uma teoria voltada às especificidades de nosso país e comprometida com o direito fundamental à boa administração.(4)

Questões vitais garantidas pelos direitos sociais reclamam, para sua implementação, dispêndios por parte do poder público, que precisa contar com disposições orçamentárias. Assim, o administrador, quando concretiza uma política pública, encontra no orçamento o limite objetivo da reserva do possível. Da mesma forma, diante da omissão ou da precariedade da implementação da política pública, o Poder Judiciário fica também adstrito ao orçamento, mas pode pronunciar-se, quando provocado, para efetivar os direitos sociais. Durante muitos anos, havia a errônea concepção de discricionariedade administrativa, que servia para agasalhar todos os desmandos ou a ineficácia do Executivo. Sob o manto do ato discricionário, não poderia o Judiciário imiscuir-se na atividade da Administração. As ações judiciais interpostas e algumas decisões judiciais indicam que houve uma mudança de posição. É claro que isso não significa suprimir ou substituir a atividade administrativa, mas buscar a efetividade dos direitos sociais.

Da análise das decisões jurisprudenciais proferidas em matéria de políticas públicas, especialmente as que visam à implementação do direito social à saúde, com ênfase na audiência pública nº 4, realizada pelo STF, traçar-se-á um perfil dos limites e dos critérios de atuação do Poder Judiciário, tomando-se como referência temporal a promulgação da atual Constituição Federal. Desse modo, o trabalho a ser desenvolvido utilizará o pensamento de Hannah Arendt, partindo-se da ideia de que os direitos não são um dado, mas um construído.(5) Nesse aspecto, o direito à saúde representa um marco importante de desenvolvimento, no sentido de que sua evolução vem sendo construída pelos operadores do direito, de modo a promover condição de dignidade ao cidadão.

Com esses balizadores, será possível travar uma discussão acerca da eficácia e dos limites de implementação das políticas públicas de concretização dos direitos sociais quando são submetidas ao crivo do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde. O foco é a decisão que consegue ser adequada na perspectiva coletiva, atendendo aos preceitos constitucionais que visem à boa administração.

1 O dogma da impossibilidade de revisão judicial dos atos da Administração sob o manto da discricionariedade administrativa

Durante muitos anos, no direito brasileiro, vigorava o entendimento da impossibilidade de revisão judicial da atividade administrativa. O controle judicial dos atos da Administração não era realizado, fundado na justificativa da discricionariedade administrativa. Essa posição, que vigorou em nosso país de forma incontestada, ainda encontra seguidores, embora se encontre superada por, no mínimo, três motivos. O primeiro é que a impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do Judiciário é doutrina transposta do direito francês, no qual existe uma especificidade, que é o contencioso administrativo, que no direito brasileiro não encontra similar, devido à opção brasileira de unicidade de jurisdição, consagrada na inafastabilidade de controle por parte do Poder Judiciário. O segundo motivo reside na teoria transposta do direito alemão segundo a qual os direitos sociais são comandos endereçados ao Legislativo e ao Administrativo, não cabendo ao Judiciário esse controle. Ocorre que, naquele país, esses poderes realmente levam a sério a implementação dessas políticas públicas, sem que seja necessária a interferência do Judiciário. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado é que, no Estado Democrático de Direito, somente existe escolha do administrador vinculada aos preceitos constitucionais, em especial à pauta dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, quando efetua essa decisão, não pode cair na casuística, autorizando ou negando todas as pretensões que lhe vêm a julgamento, sem considerar os dispositivos orçamentários, mas deve buscar a solução adequada constitucionalmente e verificar a sua (in)existência em matéria de políticas públicas, e aí reside a questão.

Com essa perspectiva, pretende-se desenvolver o trabalho para investigar os limites em que são controladas as políticas públicas judicialmente. Assim, o questionamento judicial desses atos da Administração vem ocorrendo, mas o importante é apontar os critérios de como ele vem se implementando, para que o Judiciário não se substitua à atividade do administrador e tampouco este fique livre dos controles judiciais. Essa sindicabilidade tem de ocorrer de forma a concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. As grandes questões do direito público neste terceiro milênio dizem respeito à possibilidade de controle judicial dos atos da Administração referentes às políticas públicas.

Em um país como o Brasil, onde os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação dessas políticas públicas por parte do Executivo ou o Poder Judiciário pode ser um importante mecanismo de pressão na implementação desses direitos, e em que limites? Assim, exemplificativamente, referente ao direito à saúde, o que a Constituição objetiva assegurar: um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade? Por isso, quando está ausente ou insuficiente uma política pública, o Judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial.⁽⁶⁾ Daí advém a necessidade desta investigação, pois, em casos de omissão ou atuação precária do administrador, por vezes o Judiciário manifesta-se de forma tímida ou sem critérios. Visa-se, com este estudo, contribuir para essa questão, no sentido de apontar critérios formulados a partir dos preceitos constitucionais, sem que se caia em um casuismo destituído de fundamento legal.

Com relação ao primeiro aspecto, a inadequação do modelo francês transposto à realidade brasileira, faz-se um retrospecto a respeito dos controles da Administração. Pode-se afirmar que existem dois sistemas: o da unidade e o da dualidade da jurisdição. O sistema da unidade ou da dualidade da jurisdição decorre da interpretação do princípio da separação dos poderes. É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação "separação dos poderes"⁽⁷⁾ não foi assim conceituada por seu autor, Montesquieu. Da leitura de sua obra, extraem-se duas ideias principais, quais sejam: a distinção tripartite das funções do Estado e o controle recíproco entre essas atividades. Em momento algum escreveu o autor as palavras "separação dos poderes": isso decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina, que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa. A interpretação e crítica de Louis Althusser⁽⁸⁾ não teve fortes ecos, no sentido de que Montesquieu era de origem nobre, conhecido como Barão de La Brède, e formulou a teoria apenas para fortalecer o poder monárquico, na época em que este se encontrava em crise.

O início do constitucionalismo, no final do século XVIII, fez com que se instaurasse uma nova forma de relações entre o poder público e o cidadão. Desse período são representantes as constituições dos EUA e da França. No período liberal, as constituições tinham duas funções básicas: limitar os poderes do Estado e declarar os direitos fundamentais.

Na França, berço do princípio da separação dos poderes devido à doutrina de Montesquieu, este foi interpretado de forma drástica como a impossibilidade de um poder exercer o controle sobre outro. A origem histórica dessa interpretação encontra-se na desconfiança que os legisladores da Revolução Francesa tinham para com o Poder Judiciário, pois este tinha se mostrado resistente às conquistas populares. Waline(8) assevera que a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativas e judiciais, a qual foi reafirmada no período que se seguiu à Revolução Francesa. Houve proibição legal expressa aos juízes do conhecimento da matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo não poderiam ser, em nenhum dos casos, encaminhadas aos tribunais. Deveriam ser submetidas ao rei, então chefe da administração geral.(10)

Por contencioso administrativo entende-se o conjunto de regras relativas aos litígios organizados que questionam a atividade dos administradores públicos. O progresso do direito administrativo francês deveu-se à existência de um contencioso. Essa instituição garantiu o desenvolvimento do direito propriamente dito, por meio das garantias de legalidade criadas, pela importância do aspecto moral da conduta dos administradores, dando respaldo às teorias subjetivas.

O recurso por excesso de poder é uma criação jurisprudencial devida ao próprio Conselho de Estado, constituindo-se no principal instrumento de controle da legalidade administrativa.(11) Assim, o Conselho de Estado(12) é um órgão de fiscalização dos atos da Administração, situado dentro do próprio Executivo, e que desempenha suas funções decisórias com imparcialidade e em consonância com a legalidade. A justificativa é no sentido de que o Legislativo é o poder constituído a partir da vontade popular, e não seria democrática a substituição da representação da soberania do povo pelo Poder Judiciário, que não é eleito democraticamente.

Principalmente na França, havia grande crença no Parlamento como representante da soberania popular. Porém, devido à impossibilidade de o Parlamento editar normas que suprissem todas as carências, surgiu espaço para o poder regulamentar. Assim, o Executivo começa a desenhar as pautas da sociedade moderna. Com a mudança do perfil da sociedade, que antes vivia no campo e, com a industrialização, passa a viver nos grandes centros urbanos, ocorre o surgimento das demandas de cunho social. Após a Revolução Russa, inicia-se o constitucionalismo social, com a promulgação da Constituição do México, em 1917, e da Constituição de Weimar, em 1919, e, no Brasil, da Constituição de 1934. Essas cartas constitucionais, com forte conteúdo intervencionista, abriram espaço para que o Poder Executivo tivesse uma forte atuação, naquilo que se convencionou denominar discricionariedade administrativa.

Sob o binômio “conveniência” e “oportunidade”, oportunizou-se ao Poder Executivo um ambiente de difícil sindicabilidade pelo Poder Judiciário, denominado “mérito do ato administrativo”. Assim, afirma Sérgio Guerra, “o administrador público, sempre que a lei lhe permitia, escolhia a solução que, de acordo com seus próprios valores, entendia ser cabível para efetivação do interesse público. O controle judicial limitava-se às teorias francesas de desvio de poder e de motivos determinantes”.(13)

Essa questão é bem enfrentada por Sérgio Cademartori,(14) que analisa a questão da legitimidade. Assim, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possuem intervenção calcada em pressupostos de legitimidade distintos. A legitimidade do Poder Legislativo decorre da ideia de soberania popular. O Poder Legislativo é o representante da população, em que pese poderem ser feitas críticas ao modelo representativo.(15) Com pressuposto diferente de legitimidade se encontra o Poder Judiciário, que possui seu fundamento no Estado de Direito.

Basicamente, são essas as razões de ordem histórica pelas quais não se permite a revisão dos atos administrativos no direito francês, que consagra a dualidade de jurisdição. Essa doutrina é inaplicável, em sua dimensão integral, ao direito brasileiro, em virtude do art. 5º, XXXV, da CF, que consagra a inafastabilidade do controle judicial. Logo, os atos da Administração que traduzem opções de políticas públicas não podem ficar à margem do questionamento judicial; o desafio está em estabelecer as atribuições de cada um dos poderes e os critérios para judicialização.

2 Direitos sociais no Brasil e em países que realizaram o Estado Social – trajetórias distintas

O direito administrativo é o direito constitucional concretizado, em uma síntese formulada pela doutrina alemã.⁽¹⁶⁾ Assim, o administrador, na realização das políticas públicas, deve observar os preceitos constitucionais. O mandato político não deve ser desempenhado conforme critérios subjetivos do governante, mas representa política pública a ser desenvolvida em conformidade com os ditames constitucionais. Direitos sociais importantes foram consagrados no art. 6º da CF, visando à execução pelo administrador. Porém, esses preceitos não têm sido cumpridos. Opera-se uma situação de crise, pois o Estado brasileiro não foi capaz de atender às demandas do liberalismo clássico, com os direitos de cunho individual, tampouco conseguiu realizar as demandas do Estado Social. O Estado imiscuiu-se em atividades que não eram próprias do poder público e deixou de realizar atividades que eram prioritárias. Atualmente, não se afigura um projeto político claro com relação às demandas prestacionais sociais. Como consequência, os serviços públicos não são prestados ou o são de forma deficiente.

Assim, no Brasil, os direitos sociais, para que sejam efetivos, demandam um caminho diferente dos países europeus, onde estes são uma determinação da Constituição ao legislador ordinário ou ao administrador. Em nosso país, diante da particularidade própria de esses comandos não serem atendidos por seus destinatários, é importante a intervenção do Poder Judiciário. O desafio ocorre no sentido de verificar os limites em que se dá a atuação do Poder Judiciário, que não pode se substituir em atividades desses outros dois poderes, mas que tem de propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, quando decorrentes de políticas públicas insuficientes ou inexistentes.

A realização dos direitos sociais é de suma importância, principalmente em países como o Brasil, que não conseguiram implementar todas as conquistas do Estado Providência.⁽¹⁷⁾ Na época em que foi realizada a Constituinte, vivia-se uma euforia, como se, a partir da colocação das garantias na Constituição, fosse haver uma transformação em nossa realidade. Pairava na sociedade a ideia de pensamento mágico, como se da previsão na Constituição fosse advir uma modificação na situação fática. É claro que a garantia representa um compromisso importante em termos de desenvolvimento de políticas públicas, isto é, que país queremos ser no terceiro milênio.

Tiveram que se passar mais de duas décadas para que se começasse a amadurecer a ideia de que os direitos sociais fossem relacionados com os dispositivos orçamentários. É o que Canotilho denomina de “Constituição orçamental”.⁽¹⁸⁾ As medidas de gestão orçamentária são importantes quando se pretende a realização dos serviços públicos.

O segundo motivo de análise são as especificidades do modelo alemão que foram equivocadamente transpostas para o Brasil, sem as necessárias adequações. Assim, no dizer de Hesse,⁽¹⁹⁾

*“derechos sociales fundamentales como por ejemplo (...) el derecho a una vivienda adecuada (...) no se hacen ya efectivos por el hecho de que se respeten y amparen, sino que requieren de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. No sólo exige esto regularmente un actuar del legislador, sino también el de la Administración; y puede afectar a los derechos-libertad ajenos. **Por ello, los derechos fundamentales no alcanzan a justificar pretensiones de los ciudadanos invocables judicialmente en forma directa, como cuadraría a la***

doctrina de los derechos fundamentales."

É claro que os direitos sociais têm uma estrutura distinta dos direitos individuais, do liberalismo clássico. São comandos voltados prioritariamente para o administrador e o legislador, e para a sua implementação dependem de possibilidade orçamentária. Porém, no contexto brasileiro, diante da inoperabilidade desses poderes, por vezes, o Judiciário representa um fator importante para pressionar a realização das políticas públicas, visando assegurar a dignidade da pessoa humana, composta pelo mínimo existencial.(20) Um exemplo frutífero que pode ser apontado é o tratamento da Aids em nosso país. Diante da inicial omissão dos poderes Legislativo e Executivo no sentido de promover políticas públicas no tocante à prevenção e ao tratamento do HIV, ações reiteradas no âmbito judicial pedindo medicamentos incentivaram que o Brasil se tornasse um país referência nessa área.

Desse modo, são apropriadas as considerações de Andreas Krell,(21) conhecedor das realidades alemã e brasileira:

"Em face dos problemas sociais candentes de um país periférico como o Brasil, o princípio tradicional da separação dos poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes das das nações centrais. **Ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do direito brasileiro para correição judicial das omissões dos poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas**, como a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade por omissão."

Em alguns países, como a França e a Alemanha, onde o Estado Providência(22) cumpriu seu papel, assegurando os direitos sociais à população, é adequado que se discuta a permanência ou a diminuição de algumas garantias, devido à proporção robusta que estas alcançaram. É diferente no Brasil, onde a população não conseguiu atingir níveis homogêneos em termos de acesso aos direitos sociais.

A "reserva do possível"(23) tem sido outro conceito mal transposto ao direito comparado. Essa teoria é adaptação de uma expressão cunhada no direito alemão, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos, ou seja, no campo orçamentário.

Assim, é necessário avaliar em que limites está ocorrendo o provimento judicial a respeito das políticas públicas em um país como o Brasil, com especificidades próprias, principalmente no que diz respeito às grandes desigualdades econômicas e culturais. É perigoso importar diretamente conceitos cunhados em outros países com contexto cultural e socioeconômico diferente. O Brasil, que é um país em desenvolvimento, não pode transportar diretamente teorias de países ricos. O debate europeu sobre a redução dos direitos conquistados durante o Estado Social não pode ser transferido para o nosso país, porque aqui o Estado Providência nunca foi efetivado plenamente.

Por isso, em tempos em que se menciona a pós-modernidade, Habermas nos alerta que a modernidade é um projeto inacabado. Dever-se-ia retomar o projeto de modernidade e cumprir as tarefas que ainda estão inconclusas. Principalmente no Brasil, onde ainda não foram cumpridas todas essas tarefas de efetividade dos direitos sociais, o discurso é apropriado. O filósofo alemão, de forma contundente, conclui que o pós-modernismo tem servido para acobertar posturas neoconservadoras.(24)

No embate entre o Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implementar um Estado minimalista desenhado a partir da globalização e da ideologia neoliberal, então, o correto manejo da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma ferramenta útil para a construção do perfil do Estado brasileiro, com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes do corpo social.(25)

Desse modo, o trabalho abordará a importância dos poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas e o papel do Judiciário na busca de efetividade do direito social à saúde, intentando construir limites e possibilidades de atuação.

3 O controle judicial e sua perspectiva constitucional

No Brasil, os poderes Executivo e Legislativo não têm implementado as políticas públicas a contento. Por isso, a discussão se insere na órbita judicial. Nesse contexto, outro aspecto a ser considerado é a sindicabilidade das políticas públicas como decorrência do Estado Democrático de Direito. Atualmente, não existe um poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário vinculado,⁽²⁶⁾ vinculação essa que se pode relacionar aos ditames constitucionais. Dessa maneira, o conteúdo das políticas públicas não pode ficar ao alvedrio do administrador, mas tem de buscar efetivar os preceitos contidos na Constituição.

O direito administrativo se estruturou no século XIX, a partir do princípio da legalidade. Esse foi o primeiro grande freio que foi imposto ao administrador. Porém, atualmente, com a denominada fuga do direito administrativo ou a tendência neoliberalizante do Estado, ocasionando a chamada eficácia com relação a terceiros *drittwirkung*,⁽²⁷⁾ novos pressupostos devem ser erigidos. Para García de Enterría,⁽²⁸⁾ o aspecto subjetivo da Justiça Administrativa, que rompeu o mito histórico de sua suposta objetividade, atrás do qual se escondia uma superioridade formal da Administração sobre o cidadão, considerado ainda como súdito, que deveria ceder ante a suposta superioridade dos "interesses gerais", gestionados pela Administração, é uma conquista irrenunciável do nosso tempo.

Por isso, o grande desafio que é posto aos estudiosos do direito administrativo na atualidade é essa possibilidade de controle judicial. Afirma Moreira Neto⁽²⁹⁾ que há atuações administrativas constitucionalmente mandatórias, como é o caso das políticas públicas nacionais, e não apenas governamentais, da educação, da saúde e da segurança pública. Assim, o Estado Democrático de Direito reclama a implementação dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas. Desse modo, a atividade administrativa no terceiro milênio deve ser pautada dentro dos balizadores que compõem o Estado Democrático de Direito: os direitos do homem e a democracia substantiva. A partir desses dois vetores, são estatuídos os quatro paradigmas atuais do direito administrativo⁽³⁰⁾: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Devem ser analisados de forma conjunta, e não isoladamente, tendo em vista a realização do serviço público. Esses critérios serão necessários quando exercidos os controles com relação à atividade administrativa, quer no âmbito preventivo, quer no repressivo.

Assim, legitimidade e finalidade, que eram requisitos intrínsecos dos atos administrativos, demandam um novo olhar. No tocante à legitimidade, serão constitucionais as prestações públicas que respeitem os direitos fundamentais. Não basta mais somente a legitimidade fundada no que se denominava pacto social: deve-se perquirir a respeito do atendimento dos valores que visam implementar a pauta dos direitos humanos, principalmente quando estes já completaram 60 anos.⁽³¹⁾ A legitimação é, sobretudo, um fenômeno antropológico indissociável do consenso alcançado pelos grupos sociais, que consiste na verificação da concordância com os fenômenos políticos e valorativos relacionados ao poder, ou seja, à sua concentração, à sua distribuição, ao seu acesso, ao seu exercício e ao seu controle.⁽³²⁾ No que concerne à finalidade, estamos sob a época da redescoberta dos valores e das finalidades; deve-se buscar identificar a finalidade nos princípios.

A eficiência é um princípio trazido pela EC 19/98 e traduz um aspecto axiológico, no sentido de que o direito administrativo deve e pode ser um instrumento para a realização dos direitos fundamentais e facilitador do desenvolvimento econômico e social.

Após o aspecto valorativo, ocorre o último paradigma, que é o do resultado. Cuida-se de mensurador prático, em que são buscadas técnicas de controle da gestão.⁽³³⁾ Deve-se atentar para a prestação do serviço público, que possui um espectro distinto da seara

privada. Já foi mencionado o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que os conflitos migraram da seara pública à privada. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado.(34) Isso aconteceu com a questão da saúde, também. Há, porém, especificidades, pois a iniciativa privada somente se interessa por setores em que há a possibilidade de lucro. As áreas deficitárias são suportadas pelo poder público. Assim, a prestação de serviço pelo SUS responde por aproximadamente 75% da população brasileira.(35) Isso demonstra que os 25% restantes incumbem à iniciativa privada, porque são setores com potencialidade de lucro. Dessa forma, o princípio da eficiência deve ser aferido com características próprias, e não com os mesmos balizadores privados.

4 O conceito de política pública desde a perspectiva jurídica, com ênfase no direito à saúde, e a banalização do direito à vida

O conceito de política pública partiu da ciência política e da administração pública, mas hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na ciência política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão.(36) A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, da sociedade e do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social.

Dessa forma, já se percebe por que o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica nos últimos tempos. Da passagem do Estado Liberal, com sua feição de abstenção,(37) chega-se ao Estado Social, com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo,(38) que tem sua marca na Constituição mexicana de 1917, na Constituição de Weimar, de 1919, e, em nosso país, na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, na qual a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Desse modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico. A política pública visa à implementação, pelo Poder Executivo, de um comando constitucional. Atinente ao direito à saúde, constata-se que, com o constitucionalismo social inaugurado no Brasil em 1934, ele aparece por primeira vez em sede constitucional. Os textos seguintes limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde, e a manter a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica sanitária.

No caso da saúde, o alerta que se instaura é no sentido de que o foro para a estatuição das políticas públicas deve ser o Legislativo, com a sua implementação pelo Executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o Judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. As ações individuais devem servir como um instrumento de pressão, sob pena de se constituírem em casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a Administração.

Um delineamento a respeito do tema das políticas públicas é trazido por Ana Paula Bucci, como programas de ação destinados a realizar quer os direitos a prestações, diretamente, quer a organizações, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.(39)

As políticas públicas relativas à saúde, com repercussão no tratamento médico a pacientes, nos procedimentos clínicos e nos medicamentos que não são fornecidos, conduzem à reflexão a respeito da blindagem que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido. Parafraseando Hannah Arendt, é a "banalidade do mal", (40) ou, poderíamos dizer, a

banalidade com relação ao sofrimento alheio. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3(41) das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e à compreensão ampla em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc. Desse modo, na maioria das ações, o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo. É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira via-crúcis, fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados, e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade, enfrentar todos esses percalços, fazer movimentar toda essa estrutura burocrática, é algo penoso.

O caráter de importância nas ações individuais somente se pode vislumbrar quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu no caso dos portadores de vírus HIV,(42) em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que, se o demandante havia contraído a enfermidade, era porque tinha dado causa a isso, em uma atitude nitidamente preconceituosa.

5 A audiência pública da saúde e a importância do diálogo interdisciplinar com diversos setores da sociedade

As audiências públicas são um marco democrático importante de aproximação do Poder Judiciário para com a sociedade. A interpretação constitucional não se restringe aos juízes, mas as forças plurais da sociedade se fazem presentes. No dizer de Häberle, "O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto".(43) O processo constitucional foi estruturado classicamente como uma discussão jurídica na qual não mais se pode perquirir a respeito da matéria fática. A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 9º, § 1º, inovou ao permitir a audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal, fazendo com que haja um diálogo dos aspectos fáticos com os preceitos jurídicos, permitindo uma apreciação conjunta de ambos, com complementariedade, e não de forma dissociada. A audiência pública nº 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes.(44) Seu objeto é muito mais amplo: seu enfoque é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária dessas prestações. Os recursos públicos são escassos. A expectativa de vida dos brasileiros passou de 67 anos para 72,7(45) nos últimos anos. A indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Nesse contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Dois casos(46) foram o estopim para a convocação da audiência pública, dois casos que questionam a eficácia do art. 196 e dos §§ 2º e 3º do art. 198 da CF, que sofreram alteração pela EC nº 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF contém seis diretrizes [a) direito de todos, b) dever do Estado, c) garantido por políticas sociais e econômicas, d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, f) às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação].

Essas escolhas difíceis passaram a fazer parte do cotidiano de muitos juízes, que, em processos de cognição sumária, têm de decidir se concedem ou não um medicamento,

um leito hospitalar, causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponham de todos esses elementos e de forma extremamente rápida. Essa resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

6 A tensão entre as funções dos poderes e o redirecionamento do direito à saúde

Por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou pela omissão na sua realização, e isso envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde expõe a necessidade de definir as funções dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essas questões imbricam o direito social à saúde com o custo econômico para sua realização. Impõem uma leitura da CF, na sua maioria, de uma forma mais adulta por parte de seus intérpretes. Logo após a publicação da CF/88, os artigos 5º e 6º eram interpretados de uma mesma maneira, sem atentar para o contexto distinto dos direitos sociais, que impõem uma leitura correlata com o orçamento e o percentual de investimento de cada um dos entes da federação.

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo(47) para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas? Essas são posições extremas, e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada, contemplando a diversidade e o pluralismo existentes em nossa sociedade. O que já foi apregoador por Aristóteles: “*in médio virtus*”.(48) Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek(49) no princípio do século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes. Por isso, quando se trata de direitos sociais, merece um repensar, pois sua teoria para estes não estava voltada. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem o direito de exigir prestações concretas do Estado, seus escritos são anteriores ao constitucionalismo social, que começa em 1917, com a Constituição mexicana, no que é seguida, dois anos mais tarde, em 1919, pela Constituição de Weimar.

O desafio é a conciliação entre as dimensões subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado; a judicialização deve ser sensível a todas.(50) Na Suspensão de Liminar nº 228-7, o STF afirmou as dimensões individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana.(51) O direito à saúde, enquanto direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, à promoção e à recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. O Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF,(52) estabeleceu o seguinte:

“considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação cumulativa.”

Em outras palavras, com relação à reserva do possível, o ônus da prova da falta do

recurso é do poder público, e o ônus da prova da necessidade do pedido é do particular.(53) Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell(54) adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a “frustração constitucional” (*verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da Constituição como um todo.(55) Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam descrédito e acabam tornando os dispositivos destituídos de efetividade.

7 A judicialização excessiva e suas consequências: o privilegiamento das ações curativas em detrimento das preventivas

Adverte Barroso que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, deverá acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferente para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.(56)

O Conselho Nacional de Justiça procedeu a um estudo para verificar o número de ações que envolvem a saúde em todo país, de modo que totalizam 241 mil ações. O Estado do Rio Grande do Sul (RJ/RS) ostenta praticamente a metade de todas as demandas do país, 113.953 ações judiciais sobre saúde. Em segundo lugar está o Estado de São Paulo (RJ/SP), que possui 44.690 ações em tramitação. Saliente-se que São Paulo tem aproximadamente o quádruplo(57) da população do Rio Grande do Sul(58) e menos de metade de ações envolvendo a matéria.

Enquanto os gastos totais com saúde aumentaram em 9,6%, aqueles com medicamentos tiveram incremento de mais de 120% no período de 2002 a 2006. Isso merece atenção dos gestores públicos. Em 2006, segundo dados do IBGE, o PIB brasileiro cresceu 3,7%, enquanto houve aumento real de 7,5% no gasto do Ministério da Saúde e de 26% no gasto com medicamentos.(59) A diferença entre os custos com medicamentos e o orçamento da saúde fornece uma importante reflexão. Para a execução do dispêndio com medicamentos, a União teve que ampliar o orçamento da saúde. O Ministério da Saúde, por sua vez, teve que cortar verbas em políticas públicas preventivas. No Estado do RS, nos primeiros meses do ano de 2010, gastou-se em saneamento 0,5% do valor gasto em saúde curativa.(60) Saliente-se que, na última década, o governo gaúcho não tem realizado os investimentos necessários obrigatórios, designados pela CF.(61)

Historicamente, no Brasil, as ações curativas foram privilegiadas, em detrimento das ações preventivas, menos onerosas e mais resolutivas, como o saneamento básico. É dizer do senso comum popular que enterrar canos não dá votos, denotando uma cultura patrimonialista(62) e não emancipatória da cidadania. As ações curativas e preventivas não se opõem, mas são complementares. O sistema de saúde pública, porém, deve atentar ao preventivo, pois programas bem implantados de saúde diminuem substancialmente a parte curativa. Isso proporciona uma potencialização dos recursos a serem investidos em outras áreas de relevância social. No RS, apenas 20% do esgoto coletado é tratado. A previsão para os próximos 4 anos é de que esse percentual chegue a 30%.(63)

Em estudo realizado durante a Mostra de Iniciação Científica na Unisinos, em 2011, fez-se o cotejo entre os dados do número de processos, da população e da acessibilidade, relacionando essas três variáveis.

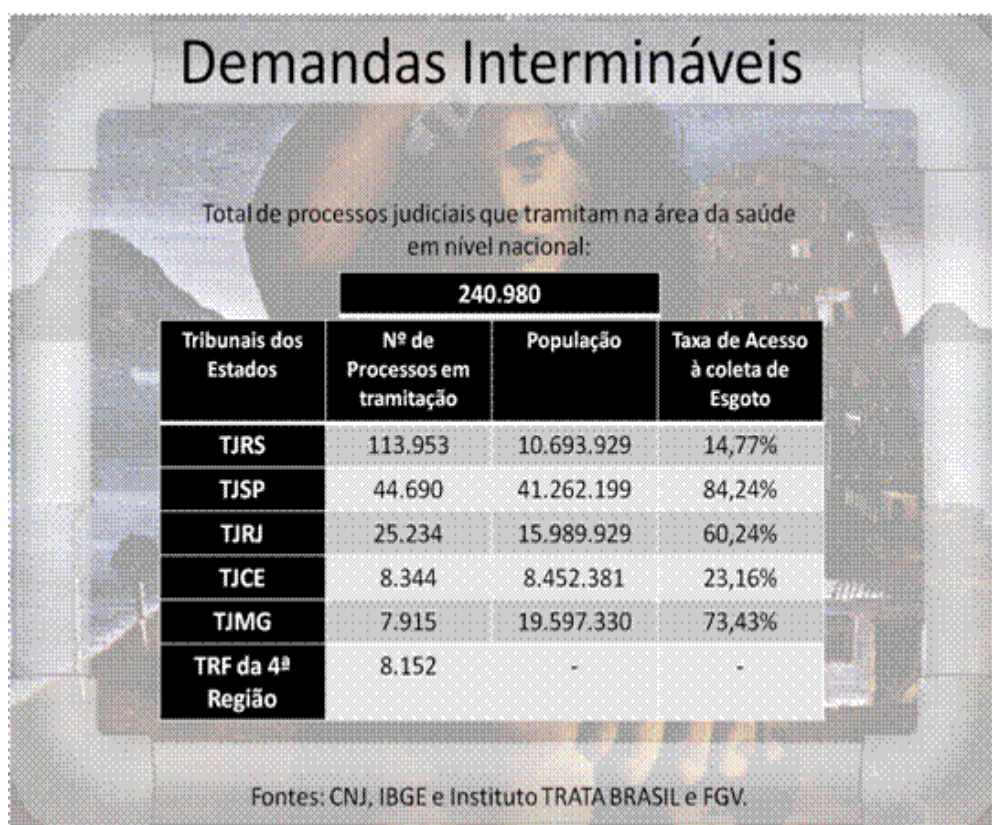


Tabela elaborada por Mariana Leão e Gabriel Fabris - Unisinos.

Da leitura da tabela, extrai-se com o bviedade que o número o excessivo de deman

das judiciais é diretamente proporcional ao pequeno investimento em políticas públicas preventivas. Diante desse quadro caótico de demandas judiciais curativas dispendiosas para o Estado e ínfimos investimentos nas alternativas de prevenção, há de se repensar essa realidade, a fim de que se alcancem níveis adequados de desenvolvimento.

Uma análise qualitativa dos julgados aponta no sentido de que, normalmente, a competência comum entre o estado e o município (art. 23, II, CF) não é levada em conta nos julgamentos,(64) fazendo com que o magistrado, diante do caso afilitivo que lhe é posto, reconheça a solidariedade entre os entes da federação. Isso é um dos fatores que explica, em parte, o grande número de ações que tramitam no TJ/RS. Vale destacar que o STF, em decisão plenária, propugnou pela solidariedade.(65)

Na perspectiva de prevenção, tem-se que o saneamento básico é previsto no art. 3º da lei que instituiu o SUS, dentro do conceito de saúde pública. Há de se destacar a lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, fruto de debate no Congresso Nacional por mais de 20 anos, que foi promulgada em 2010, Lei nº 12.305. Estima-se que, para cada R\$ 1,00 investido em saneamento básico, economiza-se R\$ 4,00 na medicina curativa.(66) Desse modo, é de fácil constatação que se economiza o quádruplo.

Assim, há de se reforçar o pensamento de Norberto Bobbio,(67) quando acentua que o direito tradicionalmente se volta aos fatos ocorridos e à repressão de condutas, quando poderia prevenir e incentivar as boas práticas por meio das normas de premiação.

8 Crítica e proposição de outros critérios: a importância das ações coletivas

Depois de ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela presidência do STF para redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil, o Min. Gilmar Mendes(68) destacou alguns pontos importantes. Deve ser considerada a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Caso a prestação de saúde não esteja entre as políticas do SUS, é importante distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Há de se observar a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Em relação ao tratamento, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Além dos critérios propostos, é importante construir outros como forma de agregar ao debate que diz respeito às demandas a serem veiculadas para inclusão de um novo tratamento ou medicamento.

Primeiramente, a formulação de políticas públicas cabe aos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que essas opções se constituem em uma decorrência da democracia representativa e, por vezes, participativa. Nos casos de ineficiência ou omissão na execução de políticas públicas, cabe a intervenção judicial. Aí se apresentam algumas situações. O Judiciário está autorizado a intervir quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, § 2º, CF.

Pode-se então perguntar: quais as ações mais adequadas para conduzir à implementação das políticas públicas? Considerando-se as demandas de cunho individual e coletivo, essas últimas não suscitam dúvidas. A indagação diz respeito às ações individuais: prestam-se estas para estatuir políticas públicas? É sabido que o art. 5º, XXXV, da CF consagra o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita. Desse modo, não se pode impedir o acesso, mas a concessão de medicamentos não previstos como essenciais demanda uma atenção para a sua decisão. O art. 196 da CF conjuga o direito à saúde a políticas sociais e econômicas, para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a autonomia dos cidadãos, independentemente do seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. "Presume-se que Legislativo e o Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis (...)" **(69)** Por serem precedidas de amplo debate é que se faz essa presunção, que não é absoluta, mas pode ser relativizada, considerando-se o fato de que não esteja atualizada ou que as circunstâncias do caso autorizem o sopesar de circunstâncias particulares.

Essa presunção é decorrência de um argumento democrático. Os recursos usados para o fornecimento dos medicamentos são obtidos pelos tributos suportados pela população. Dessa forma, os representantes eleitos pelo processo democrático devem estabelecer quais são as prioridades na atual conjuntura. Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento; porém, isso é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país e não é possível pretender fazer tudo a qualquer custo. O argumento de que os recursos públicos são mal utilizados e, por vezes, desviados não é cabível nesta discussão, embora seja necessária a devida responsabilização na órbita da improbidade administrativa. Como os recursos são limitados, não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir dos critérios legais e de implementação do Executivo.

O caráter de importância nas ações individuais somente se pode vislumbrar quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu no caso dos portadores de vírus HIV, **(70)** em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do

Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que, se o demandante havia contraído a enfermidade, era porque tinha dado causa a isso, em uma atitude nitidamente preconceituosa.

As ações coletivas permitem a discussão ampla do arrolamento de algum outro remédio ou tratamento na lista dos essenciais. Veja-se a questão atinente à mudança de sexo.(71) Houve ajuizamento de ação civil pública pedindo a inclusão na tabela do SUS da transgenitalização, que foi julgada procedente. Tal redundou em alteração da posição administrativa, ocasionando a portaria do Ministério da Saúde de nº 1.707/2008, que incorpora a alteração de sexo como procedimento oferecido pela rede pública. Três ponderações para que a discussão se trave em âmbito coletivo são apresentadas por Barroso.(72) Por primeiro, a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; por segundo, evita-se a questão da microjustiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macrojustiça, atendimento com recursos limitados a demandas ilimitadas; por terceiro, a decisão proferida em decisão coletiva terá efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população.

Outra crítica que se pode formular à judicialização das políticas públicas(73) atinentes à área da saúde é a quebra de igualdade, ou seja, aqueles que possuem condições de demandar, seja por advocacia privada, seja por defensoria pública, têm vantagem em relação aos que não têm acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação, seja de instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

Destaca-se, também, a importância do diálogo entre poderes e instituições. Nas varas da fazenda pública que se ocupam da matéria, foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz na avaliação de existência ou não de determinado medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado. O diálogo entre os poderes e as instituições pode servir como importante canal para resolução dos conflitos, pois, apesar de uma separação funcional, todos são integrantes da estrutura burocrática do Estado.

No que concerne aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada, estes não podem ser objeto de inclusão em lista pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver essa possibilidade.

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família, que passa por uma situação difícil, e do magistrado, que, muitas vezes, se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, iminentemente, mas se trava um embate entre deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazo. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que na preventiva. Vejam-se os números que são investidos em saneamento básico e construção de redes de água potável, comparativamente à saúde.(74) Os primeiros são muito tímidos se comparados aos segundos. E a ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro.

Desse modo, a concessão dos medicamentos não deve pautar-se por uma abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e os benefícios, desde o prisma das políticas públicas.

Considerações finais

Na perspectiva de novos temas referentes à administração, o controle judicial das políticas públicas é o tema pautado neste terceiro milênio, que coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, fruto da mudança de paradigma: a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, pretende-se contribuir ao debate, a fim de traçar os limites e as possibilidades de atuação judicial no tocante às políticas públicas, e construir um horizonte, com perspectiva favorável, para milhares de brasileiros que necessitam da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente nos objetivos da Administração, e o substituiu pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Voltando ao pensamento de Hannah Arendt, percebe-se que o direito à saúde está sendo construído por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário em um instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nessa seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Mais de duas décadas de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram essa busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e às mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde no Brasil. O manto da discricionariedade não pode servir para retirar de pauta algumas questões quando se trata de omissões junto aos poderes Legislativo e Executivo, mas não se pode ir ao extremo do ativismo judicial exacerbado.

Como compatibilizar um sistema de saúde ideal que está inscrito na Constituição Federal com as questões econômicas? Sempre existirá um limite: o desafio é alcançar o melhor resultado ao menor custo possível. Tal embate também tem de conciliar o âmbito individual e o coletivo do direito à saúde. Não se pode abarcar tudo, então o desafio é no sentido de adotar os procedimentos e os medicamentos que não sejam experimentais e atendam à equação custo/utilidade. Para que isso não produza um engessamento da estrutura, é necessário que os avanços tecnológicos venham acompanhados de critérios para incorporação ou ampliação de novos procedimentos e fármacos. O não atendimento desses balizadores gera distorções no sistema, propiciando desigualdade que comprometem todo o sistema. Desse modo, a dotação de assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses, desvinculados com a assistência e a prescrição aos pacientes, representa um apoio multidisciplinar importante.

Passados 200 anos de história política brasileira e mais de 26 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas sim pela sua efetividade, por uma leitura madura que otimize os recursos orçamentários existentes, dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em particular. O que torna a efetividade do direito à saúde de maior complexidade é a sua dependência de outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionada à educação e à informação, ambas situadas na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação, utilizado de uma maneira preventiva, propicia o exercício do direito à saúde e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária.

A via a ser construída aponta que os poderes e os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, objetivando a informação recíproca, com o intuito de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos, conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada.

Referências bibliográficas

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Thomson Arandazi, 2004.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1972.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Eichman em Jersusalém. São Paulo:** Cia das Letras, 1999.

_____. **Los orígenes del totalitarismo.** 2. ed. Madrid: Taurus, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea.** 4. reimp. Madrid: Gredos, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização:** ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2014.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 46, jan./mar. 2002.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2012. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

BECK, Ulrich. **Risk society:** towards a new modernity. Traduzido para o inglês por Mark Ritter. Londres: SAGE, 2005.

BERCOVICCI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.** Madrid: CEC, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-5. Discurso de abertura pronunciado no Simpósio Internacional dos Direitos do Homem, realizado entre 1º e 03 de dezembro de 1967, em Turim, mencionado no capítulo "Presente e futuro dos direitos do homem".

_____. **Contribución a la teoria del derecho.** Valencia: Fernando Torres, 1980.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CADERMATORI, Sergio. **Estado de Direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

CHADWICK, E. **Reports on the sanitary condition of the laboring population of Great Britain.** Edinburgh: Edinburgh University, 1965.

COUTO E SILVA, Almiro. Apresentação. In: MAURER, Hart. **Elementos de direito administrativo alemão.** Porto Alegre: Fabris, 2000.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

EWALD, François. **L'Etat Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1986.

FAORO, Raymundo. A interpretação do direito e os sistemas de pensamento. **RECHTD** 6(1), p. 44-53, jan./jun. 2014.

_____. **Os donos do poder**: formação do patronato brasileiro. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1.

FLEINER, Fritz. Institutionem des Verwaltungsrechts. 8. ed. 1928. p. 326. Apud MIR PUIGELAT. **Globalización, Estado y Derecho**: las transformaciones recientes del derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson (orgs.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. São Paulo: Manole, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Las transformaciones de la justicia administrativa**: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma? Pamplona: Thomson Civitas, 2007.

GIDDENS, Anthony. **Runaway world**: how globalization is reshaping our lives. New York: Routledge, 2000.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma teoria sobre as escolhas administrativas. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Ensayos políticos**. Barcelona: Península, 1988.

HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA et al. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

HOBBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX – 1914-1991. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. **Come studiare le poliche pubbliche**. Bologna: Il Mulino, 1995. Tradução de Studying public policy: policy cycles and policy subsystems. Oxford: Oxford University, 1995.

JELLINEK, Georg. **System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905**. Tübingen: 1919.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAUBADÈRE, André. **Manuel de droi administratif**. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1995.

LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 179-200, 2010.

_____. Políticas públicas e o direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para intervenção judicial. **Novos Estudos Jurídicos** (Univali), v. 15, p. 306-322, 2010.

_____. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Burocratização, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetivação do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 217-232.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

MAURER, Hart. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 403-412, out./dez. 2006.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. 1983.

SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **O acesso às prestações de saúde no Brasil**: os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

SARLET, Ingo W. et al. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: trajetória da saúde pública. São Paulo: Senac, 2002.

SÊNECA, L. A. **Sobre a brevidade da vida** (cartas a Paulino). Porto Alegre: L&PM, 2007.

SIGMANN, Jean. **1848**: las revoluciones románticas y democráticas de Europa. 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WALINE, Marcel. **Traité élémentaire de droit administratif**. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952.

Notas

1. Trata-se de artigo inicialmente publicado no Anuário da Unisinos nº 8 e na Revista Interesse Público v. 76 e que, agora, está atualizado com estudos posteriores.
2. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-5. Discurso de abertura pronunciado no Simpósio Internacional dos Direitos do Homem, realizado entre 1º e 03 de dezembro de 1967, em Turim, mencionado no capítulo "Presente e futuro dos direitos do homem".
3. SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. São Paulo: Senac, 2002. p. 95. O médico sanitarista escreve: "(...) Sabe-se que a morbimortalidade materna, por exemplo, correlaciona-se inversamente com o grau de educação formal, independentemente das condições socioeconômicas. Para que o processo educativo em saúde atinja a plenitude de seus objetivos, é preciso percorrer várias etapas: a partir de um diálogo com a população, procura-se **informar** as pessoas, para que, informadas adotem uma **atitude** positiva, que deve gerar um **comportamento**; esse comportamento, idealmente, deveria ser introjetado sob a forma de **hábito**, ou seja, comportamento automatizado. Disseminado, o hábito evolui para o **costume**, que é uma prática generalizada, incorporada à própria cultura" (destaques do autor). *Vide* SZWARCOWALD, Célia L. Mortalidade infantil no Brasil: Belíndia ou Bulgária? **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, 1997. Disponível também em: <<http://www.saelosp.org>>. Acesso em: 11 ago. 2014.
4. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 144.
5. ARENDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**. 2. ed. Madrid: Taurus, 1999.
6. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
7. MOTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 148-54.
8. ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: a política e a história**. 2. ed. Lisboa: Presença, 1972.
9. WALINE, Marcel. **Traité élémentaire de droit administratif**. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952. p. 45.
10. LAUBADÈRE, André. **Manuel de droit administratif**. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1995. p. 107.
11. LAUBADÈRE, op. cit., p. 105-7. A respeito da evolução do recurso de excesso de poder, o autor faz uma análise de sua evolução até o final do século XX.
12. Da mesma forma, o Conselho Constitucional é o órgão a quem incumbe o controle da constitucionalidade das leis, que é realizado de uma maneira preventiva, não se permitindo ao Judiciário o controle dessas questões.
13. GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 354.
14. CADERMATORI, Sergio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.
15. A respeito das insuficiências do modelo representativo e do movimento que ocorre em prol da democracia participativa, não se tratará dessa questão, por não ser objeto do

presente trabalho.

16. COUTO E SILVA, Almiro. Apresentação. In: MAURER, Hart. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 14.

17. EWALD, François. **L'Etat Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1986.

18. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 173. Na Constituição orçamental estariam os preceitos relativos ao orçamento do Estado, principalmente a aprovação parlamentar do orçamento, incluindo a autorização parlamentar anual dos impostos e a autorização e o controle parlamentares das despesas públicas.

19. HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA et al. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996. p. 98 – destaques nossos.

20. BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 46, jan./mar. 2002. p. 59.

21. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 109 – destaques nossos.

22. EWALD, François. **L'Etat Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1986.

23. KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 51-2. Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender todos os candidatos.

24. HABERMAS, Jürgen. **Ensayos políticos**. Barcelona: Península, 1988. p. 282.

25. SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 128.

26. MAURER, Hart. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 50.

27. Os conflitos não mais se situam na polaridade Estado x cidadão, mas nas relações grupo x indivíduo. Isso ocorre porque alguns grupos econômicos possuem poder paralelo ao Estado, decorrente, em alguns casos, das privatizações, em que muitos serviços públicos são prestados por empresas privadas. O desenvolvimento da *dtittwirkung*, também conhecida por eficácia diante de terceiros ou eficácia horizontal, é hoje questão principal nos direitos do indivíduo. Os litígios foram se deslocando do plano das relações públicas para o das privadas. A propósito, *vide* BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: CEC, 1997. p. 256.

28. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Las transformaciones de la justicia administrativa**: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma? Pamplona: Thomson Civitas, 2007. p. 147.

29. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o direito

administrativo: pelo controle das políticas públicas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 403-412, out./dez. 2006. p. 406. *Vide também* ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Thomson Arandazi, 2004. p. 377.

30. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

31. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 33.

32. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 63.

33. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 139. São apresentadas técnicas destinadas a realizar as seguintes funções: a) definição de objetivos de políticas públicas; b) identificação das estruturas administrativas responsáveis por sua consecução; c) definição de normas de desempenho que traduzam um compromisso quanto ao grau de realização dos objetivos demarcados em função dos meios a eles destinados; d) resultados comensurados e sua comunicação; e) outorga de facilidades de gestão aos responsáveis proporcionalmente a seu desempenho (conforme convênios de gestão); f) análise dos dados de desempenho integrados com vista a informar as subsequentes decisões sobre recursos e orçamento; g) fixação de acompanhamentos físicos e contábeis necessários para os controles, correntes e posteriores.

34. FLEINER, Fritz. *Institutionem des Verwaltungsrechts*. 8. ed. 1928. p. 326. Apud MIR PUIGELAT. **Globalización, Estado y Derecho**: las transformaciones recientes del derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004. p. 158.

35. De acordo com a pesquisa mundial sobre saúde desenvolvida pela OMS e coordenada, no país, pelo Centro de Informação Científica e Tecnológica (CICT) da Fiocruz, em estudo que avalia os sistemas de saúde de 71 nações, os brasileiros dispõem em média 19% da renda familiar com saúde, da parcela da população de 25,8% que têm acesso aos planos de saúde privados, enquanto a maioria (74,2%) conta com os serviços do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <<http://www.ministeriodasaude.gov.br>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

36. HOWLETT, Michael; RAMESH, M. **Come studiare le poliche pubbliche**. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 5. Tradução de Studying public policy: policy cycles and policy subsystems. Oxford: Oxford University, 1995.

37. A propósito, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição francesa de 1791.

38. SIGMANN, Jean. **1848**: las revoluciones románticas y democráticas de Europa. 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1985.

39. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org). **Política públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

40. ARENDT, Hannah. **Eichman em Jersusalém**. São Paulo: Cia das Letras, 1999. p. 274.

41. MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

42. Disponível em: <[http://www.fiocruz.br/aids20 anos/linha do tempo.html](http://www.fiocruz.br/aids20%20anos/linha%20do%20tempo.html)>. Acesso

em: 09 jul. 2014. Em 1991, o Ministério da Saúde dá início à distribuição gratuita de antirretrovirais. A OMS anuncia que 10 milhões de pessoas estão infectadas pelo HIV no mundo. No Brasil, 11.805 casos são notificados. O antirretroviral Videx (ddl) é aprovado nos Estados Unidos, e a fita vermelha torna-se o símbolo mundial de luta contra a Aids. A Fiocruz foi convidada pelo Programa Mundial de Aids das Nações Unidas e da Organização Mundial da Saúde (Unaid/OMS) para participar da Rede Internacional de Laboratórios para Isolamento e Caracterização do HIV-1. Em **1992**, pesquisadores franceses e norte-americanos estabelecem consenso sobre a descoberta conjunta do HIV. A Aids passa a integrar o código internacional de doenças, e os procedimentos necessários ao tratamento da infecção são incluídos na tabela do SUS. Combinação entre AZT e Videx inaugura o coquetel antiaids.

43. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 42.

44. As audiências anteriores foram realizadas com fundamento na Lei nº 9.868/99 (ADIn e ADC) e na Lei nº 9.882/99 (ADPF). Houve necessidade de que as audiências públicas se estendessem para outros processos e procedimentos, por isso a Emenda Regimental nº 29 revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria sempre que se entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal.

45. A população brasileira ganhou 5,57 anos entre 1991 e 2007. Se considerarmos o decênio de 1997 a 2007, as mulheres aumentaram em 3,3 anos a expectativa no período, de 73,2 para 76,5 anos, enquanto os homens tiveram avanço de 3,5 anos, de 65,5 para 69 anos. Com isso, a população idosa com idade superior a 70 anos chegou a 8,9 milhões de pessoas, o equivalente a 4,7% da população total. A esperança de vida muda significativamente de acordo com a região onde ocorre o nascimento. A maior expectativa é no sul, onde a média é de 74,7 anos, sendo 71,4 anos para homens e 78,2 anos para mulheres. Outra mudança é com relação à taxa de mortalidade infantil, que declinou de 45,19:1000 para 24,32:1000 em 2007, representando uma diminuição percentual acima de 46% em 16 anos. Segundo técnicos do IBGE, o Brasil, como signatário da Cúpula do Milênio, tem como meta alcançar, até 2015, uma taxa de mortalidade infantil próxima de 15:1000, e a projeção sinaliza uma taxa de 18,2:1000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

46. Primeiramente, a proposta de súmula vinculante nº 4, requerida pela Defensoria Pública-Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando afastar a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, *caput* e § 2º, da CF (precatórios). Por segundo, o Recurso Extraordinário nº 566.471, em que foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode, devido ao alto custo, colocar em risco as prestações da saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevando dispêndio patrimonial para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente. Os demais casos se constituem em questões diversas e aflitivas envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim, toda a casuística com a complexidade nessa área em que a vida da pessoa está em jogo. Veja-se, a propósito, a Suspensão de Tutela nº 223, a Suspensão de Liminar nº 228/CE, a Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/PR e a Suspensão de Tutela nº 268/RS.

47. SARLET, Ingo W. **O acesso às prestações de saúde no Brasil**: os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

48. ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea**. 4. reimp. Madrid: Gredos, 1998. p. 160-80: "*En la É.N. aparece el término **mesótes** junto a *symmetra* en el libro II. Así pues, la moderación y la virilidad se destruyen por el exceso y por el defecto, pero se conservan*

por el término médio (mesótes)".

49. JELLINEK, Georg. **System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905**. Tübingen: 1919. p. 86 e segs. Assim, denominam-se: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activo civitatis*, em que o indivíduo é detentor do poder político e, como tal, tem direito a participar no exercício do poder.

50. SARLET, Ingo W. **O acesso às prestações de saúde no Brasil: os desafios do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

51. SARLET, Ingo W. et al. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. p. 152.

52. DJU 04.05.2004.

53. SARLET, Ingo W. **O acesso às prestações de saúde no Brasil: os desafios do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

54. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 46.

55. SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. 1983. p. 63 e segs.

56. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. p. 19. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

57. Dados do IBGE de 2010 demonstram que o Estado de São Paulo possui uma população de 41.262.199 de habitantes, enquanto que o Estado do Rio Grande do Sul possui população de 10.693.929 de habitantes. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=rs>> Acesso em: 27 ago. 2014.

58. Os dados são de maio de 2011 e estão sendo atualizados constantemente pelo Fórum da Saúde, mas já servem para mostrar um panorama significativo da situação das demandas judiciais na área que tramitam em tribunais de todo o Brasil. São, ao todo, 240.980 processos. "[...] A questão é que estas quase 241 mil ações mexem com um bem incomparável para todo ser humano: a própria vida". Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15675-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

59. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_gasto_medicamentos.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2014.

60. Disponível em: <http://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx>. Acesso em: 27 ago. 2014.

61. Veja-se, nesse sentido, que muitos municípios do RS investem minimamente em saúde, conforme a "Radiografia da saúde", apresentada pelo TCE/RS (Disponível em:

<http://www2.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/Radiografia%20da%20sa%FAde%20%E9%20apresentada%20pelo%20TCE>. Acesso em: 27 ago. 2014). Tome-se, exemplificativamente, a situação do Município de Canoas, localizado na região metropolitana de Porto Alegre, que possui 326.458 habitantes. Canoas tem o segundo maior PIB do Estado do RS, sendo de R\$ 12.580.262.000,00. Em 2007, os índices de abastecimento de água da cidade beiravam 93%, sendo que o índice total de saneamento não ultrapassava 13%. O índice de esgoto tratado por água consumida era de 11%. O investimento foi de R\$ 15.596.000,00. Em 2008, os índices de abastecimento de água da cidade beiravam 94%, sendo que o índice total de saneamento era de 13%. O índice de esgoto tratado por água consumida era de 12%, com investimento de aproximadamente R\$ 5.856.000,00. Dados da Prefeitura Municipal de Canoas/RS. Disponível em: <<http://www.canoas.rs.gov.br/Site/Canoas/Indicadores.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

62. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato brasileiro. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1. p. 84.

63. Segundo dados da Secretaria de Habitação, Saneamento e Desenvolvimento Urbano. Disponível em: <<http://www.habitacao.rs.gov.br/portal/index.php?acao=documentos&sessao=corsan&categoria=Projetos/Programas&codsessao=2&codcategoria=1&codsubcategoria=52>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

64. "APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO RETIDO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. DIREITO À SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DOS FÁRMACOS. A produção de prova judiciária se destina ao processo, sendo, porém, o juiz o destinatário principal das provas, pois essas têm por finalidade a formação da sua convicção. Caso em que não se justificaria a dilação probatória, uma vez que há nos autos atestados e prescrições médicas, com a indicação da medicação necessária. **A responsabilidade dos entes públicos (União, estados-membros e municípios) é solidária, podendo a parte demandante optar por exigir o cumprimento da obrigação de um ou de todos, uma vez que são solidariamente responsáveis, cabendo àquele que satisfizer a obrigação exigir o ressarcimento dos demais, na hipótese de o procedimento requerido ser diverso dos especificamente previstos em lei para si. Cabe ao Estado (*lato sensu*) o dever de garantir o direito constitucional à saúde, devendo adotar medidas que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 214 da Carta Magna determina que a saúde é direito de todos e dever do estado e do município, por meio de sua promoção, proteção e recuperação.** Impossibilidade de substituição dos medicamentos. É o profissional de saúde quem conhece as peculiaridades do paciente. Logo, cabe a ele indicar o fármaco mais adequado no caso concreto. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO. SENTENÇA MANTIDA, EM REEXAME NECESSÁRIO." (Apelação e Reexame Necessário nº 70061379749, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 18.09.2014)

65. "**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. RECTE.(S): UNIÃO. PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. RECD.(A/S): MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS. PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, em 05.03.2015, PLENÁRIO.**"

66. De acordo com o Instituto Trata Brasil. Disponível em: <www.tratabrasil.org.br>.

Acesso em: 11 set. 2014.

67. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoria del derecho**. Valencia: Fernando Torres, 1980. p. 375-6.

68. MENDES, Gilmar. *Vide* <www.stf.gov.br>. Os dados foram utilizados na análise das Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175, 178 e 244, em 21.09.2009. Acesso em: 26 jul. 2014.

69. BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2009. p. 28. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2014.

70. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/aids20anos/linhadotempo.html>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

71. O início foi uma ação civil pública proposta pelo MPF/RS, que ocasionou a decisão de 2007 do TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) em que se obrigava o SUS a fazer esse tipo de cirurgia. A decisão do TRF determinava que o governo federal tomasse todas as medidas que possibilitassem aos transexuais a realização da cirurgia de mudança de sexo pelo SUS. "Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na tabela do SUS. Procedimentos médicos de transgenitalização. Princípio da proibição de discriminação por motivo de sexo. Discriminação de gênero. Direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade e à dignidade humana e direito à saúde. Força normativa da Constituição". Rel. Roger Raupp Rios, Processo nº 2001.71.00.026279-9, D.E. 22.08.2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.phd>. Acesso em: 11 ago. 2014.

72. BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. p. 31. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

73. VIANNA, Luiz Werneck (org). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

74. No Estado do Rio de Janeiro, foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R\$ 240.621.568,00, enquanto no saneamento básico foram investidos R\$ 102.960.276,00. Comparando-se as duas quantias, o gasto com saneamento é menos da metade. Disponível em: <http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

LIMBERGER, Têmis. Repensando o dogma da discricionariedade administrativa a partir do prisma das políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 66, jun. 2015. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Temis_Limberger.html> Acesso em: 28 jul. 2015.